



**University of  
Zurich**<sup>UZH</sup>

**Zurich Open Repository and  
Archive**

University of Zurich  
University Library  
Strickhofstrasse 39  
CH-8057 Zurich  
[www.zora.uzh.ch](http://www.zora.uzh.ch)

---

Year: 2015

---

## **Organisationsmangel i.S.v. Art. 731b OR bei Interessenkonflikten im Verwaltungsrat**

Wherlock, Alexander ; Von der Crone, Hans Caspar

Posted at the Zurich Open Repository and Archive, University of Zurich  
ZORA URL: <https://doi.org/10.5167/uzh-118925>  
Journal Article

Originally published at:

Wherlock, Alexander; Von der Crone, Hans Caspar (2015). Organisationsmangel i.S.v. Art. 731b OR bei Interessenkonflikten im Verwaltungsrat. Schweizerische Zeitschrift für Wirtschafts- und Finanzmarktrecht, 87(5):542-552.

# Organisationsmangel i.S.v. Art. 731b OR bei Interessenkonflikten im Verwaltungsrat

Bundesgerichtsurteil 4A\_717/2014 vom 29. Juni 2015

Mit Bemerkungen von RA MLaw Alexander Wherlock und Prof. Dr. Hans Caspar von der Crone, beide Universität Zürich\*

## Inhaltsübersicht

- I. Sachverhalt und Prozessgeschichte
- II. Erwägungen des Bundesgerichts
  - 1. Organisationsmangel i.S.v. Art. 731b OR
  - 2. Vorliegen eines Interessenkonflikts
  - 3. Einsetzung eines Sachwalters
- III. Bemerkungen
  - 1. Interessenkonflikt
  - 2. Organisationsmangel i.S.v. Art. 731b OR bei Interessenkonflikten
  - 3. Kompetenzen des Sachwalters
  - 4. Schlussbetrachtung

## I. Sachverhalt und Prozessgeschichte

Am 24. Dezember 2013 schloss die Hotel A AG (Beschwerdeführerin) mit der Kollektivgesellschaft E.B. & Co einen Mietvertrag über Hotel- und Restauranträumlichkeiten. Der Verwaltungsrat der Hotel A AG setzt sich zusammen aus B.B. (Beschwerdegegner), Dr. C. (Präsident), D.B. und E.B. Neben ihrem Verwaltungsratsmandat bei der Hotel A AG sind D.B. und E.B. zugleich einzige Gesellschafter der Kollektivgesellschaft E.B. & Co.

Mit Eingabe vom 19. September 2014 reichte B.B. bei der Aargauer Staatsanwaltschaft gegen den Verwaltungsratspräsidenten Strafanzeige ein. B.B. stellte sich darin auf den Standpunkt, der Mietvertrag vom 24. Dezember 2013 mit der E.B. & Co wirke sich nachteilig auf die Hotel A AG aus. Entsprechend habe Dr. C. mit seinem Verhalten den Tatbestand der ungetreuen Geschäftsbesorgung i.S.v. Art. 158 StGB erfüllt. Die Aargauer Staatsanwaltschaft eröffnete in der Folge mit Verfügung vom 16. Oktober 2014 ein Strafverfahren gegen Dr. C. Am 29. Oktober 2014 stellte der Beschwerdegegner dem Handelsgericht des Kantons Aargau überdies ein Gesuch um Einsetzung eines Sachwalters nach Art. 731b OR zur Wahrung der Interessen der Beschwerdegegnerin im laufenden Strafverfahren gegen Dr. C. B.B. begehrte in diesem Rahmen insbesondere, dass der Sachwalter zu beauftragen sei, die Gesuchsgegnerin als Privatklägerin im Strafverfahren zu konstituieren.

Der Beschwerdegegner begründete sein Begehren damit, dass alle Verwaltungsratsmitglieder der

Beschwerdeführerin hinsichtlich der Wahrnehmung der Rechte und Pflichten der Hotel A AG im laufenden Strafverfahren einem Interessenkonflikt unterliegen würden. Nach Ansicht des Beschwerdegegners sei der Verwaltungsrat demnach im Strafverfahren handlungsunfähig, sodass davon auszugehen sei, dass der Beschwerdeführerin ein vorgeschriebenes Organ i.S.v. Art. 731b OR fehle. Mit Entscheid vom 21. November 2014 hiess das Handelsgericht das Begehren um Einsetzung eines Sachwalters gut. Die Vorinstanz setzte den Rechtsanwalt Dr. F. als Sachwalter ein und betraute diesen mit der Interessenwahrung der Beschwerdegegnerin im Strafverfahren gegen Dr. C.

Mit Beschwerde in Zivilsachen vom 23. Dezember 2014 verlangte die Beschwerdeführerin die Aufhebung des Entscheids des Handelsgerichts und die vollumfängliche Abweisung des Gesuchs um Einsetzung eines Sachwalters. Im Eventualstandpunkt begehrte die Beschwerdeführerin die Aufhebung des Entscheids und die ausdrückliche Festsetzung der Kompetenzen des Sachwalters. Insbesondere sei es dem Sachwalter zu untersagen, adhäsionsweise im Strafverfahren gegen Dr. C. Schadenersatzansprüche geltend zu machen.

## II. Erwägungen des Bundesgerichts

### 1. Organisationsmangel i.S.v. Art. 731b OR

Das Bundesgericht befasst sich im vorliegenden Entscheid vorwiegend damit, ob die Vorinstanz zu Unrecht das Vorliegen eines Organisationsmangels i.S.v. Art. 731b OR bejaht hat. Es führt diesbezüglich aus, dass Art. 731b OR einem Aktionär, einem Gläubiger oder dem Handelsregisterführer erlaube, beim Richter die Anordnung der erforderlichen Massnahmen zu begehren, soweit der Gesellschaft eines der vorgeschriebenen Organe fehle oder eines dieser Organe nicht rechtmässig zusammengesetzt sei. Dem Bundesgericht zufolge ist eine nicht rechtsgenügende Zusammensetzung des Verwaltungsrats insbesondere in den Fällen zu bejahen, in denen dem Organ ein gesetzlich zwingend vorgeschriebenes Mitglied fehlt (z.B. Verwaltungsratspräsident gemäss Art. 712 Abs. 1 OR) oder bei einer Nichterfüllung der gesetzlichen Wohnsitzerfordernisse (Art. 718 Abs. 4 und Art. 730 Abs. 4 OR). Überdies kann nach Ansicht des Bundesgerichts auch dann von einem Organisationsmangel ausgegangen werden, wenn ein gesetzlich vorgeschriebenes Organ nicht mehr handlungsfähig ist, so z.B.

\* Der vorliegende Beitrag ist im Internet verfügbar unter <http://www.rwi.uzh.ch/vdc>.

wenn aufgrund einer andauernden Pattsituation im Verwaltungsrat die Führung der Gesellschaft dauerhaft unmöglich geworden ist.<sup>1</sup>

Das Bundesgericht weist sodann darauf hin, dass in bestimmten Konstellationen auch eine Interessenkollision von Organwaltern zur Funktionsunfähigkeit eines Organs und damit zu einem Organisationsmangel i.S.v. Art. 731b OR führen könne.<sup>2</sup> Von einem sich zu einem Organisationsmangel verdichtenden Interessenkonflikt ist nach Ansicht des Bundesgerichts immer dann auszugehen, wenn die Gesellschaftsinteressen in einer bestimmten Angelegenheit deshalb nicht mehr unabhängig wahrgenommen werden können, weil sämtliche Verwaltungsratsmitglieder gegenläufige Interessen verfolgen.<sup>3</sup>

Nach Ansicht des Bundesgerichts ist die Vorinstanz demnach zu Recht zum Schluss gekommen, dass ein Organisationsmangel vorliegt, wenn sämtliche Verwaltungsräte von einem Interessenkonflikt betroffen sind und dadurch die unabhängige Wahrnehmung der Gesellschaftsinteressen verunmöglicht wird.<sup>4</sup>

## 2. Vorliegen eines Interessenkonflikts

Das Bundesgericht befasst sich sodann mit der Frage, ob sämtliche Verwaltungsräte der Beschwerdeführerin tatsächlich einem Interessenkonflikt unterliegen. Hinsichtlich der Interessenlage der Verwaltungsräte E.B. und D.B. erklärte die Vorinstanz, der im Strafverfahren infrage stehende Mietvertrag zwischen der Hotel A AG und der E.B. & Co. sei im Falle einer Verurteilung widerrechtlich und damit gemäss Art. 20 OR nichtig. Da die beiden Kollektivgesellschaftler D.B. und E.B. ein Interesse am Weiterbestand des Mietvertrags hätten, seien sie dementsprechend auch an einem Freispruch bzw. einer Einstellung des Strafverfahrens gegen den Verwaltungsratspräsidenten interessiert. Gegenüber diesen Ausführungen wendete die Beschwerdeführerin ein, der streitgegenständliche Mietvertrag bleibe auch im Falle einer Verurteilung des Dr. C. zivilrechtlich gültig, sodass sich die beiden Verwaltungsräte weder mit zivil- noch mit strafrechtlichen Konsequenzen konfrontiert sehen würden und somit nicht von einem Interessenkonflikt betroffen

seien. Überdies seien die beiden Verwaltungsräte auch nicht Partei des laufenden Strafverfahrens.<sup>5</sup>

Nach Ansicht des Bundesgerichts überzeugt dieser Einwand nicht.<sup>6</sup> Es weist diesbezüglich darauf hin, dass die in der Strafanzeige behauptete strafbare Handlung gerade im Entscheid des Verwaltungsratspräsidenten läge, die Räumlichkeiten der E.B. & Co. zu vermieten, und dass auf der Basis dieses Entscheids der Mietvertrag vom 24. Dezember 2013 abgeschlossen worden sei. Entsprechend seien E.B. und D.B. direkt am Rechtsgeschäft beteiligt gewesen, mit dem der Verwaltungsratspräsident Dr. C. eine strafbare Handlung begangen haben könnte. Es scheine daher zweifelhaft, ob die Verwaltungsräte E.B. und D.B. als Vertreter der Hotel A AG deren Interessen zu Genüge wahrnehmen könnten, selbst wenn ihnen im laufenden Verfahren keine unmittelbaren straf- oder zivilrechtlichen Nachteile drohen würden.

Dem Bundesgericht zufolge liegt es überdies auf der Hand, dass der Verwaltungsratspräsident als Beschuldigter und der Beschwerdegegner als Strafanzeiger im Strafverfahren von einem Interessenkonflikt betroffen sind.<sup>7</sup> Die Vorinstanz sei daher zu Recht davon ausgegangen, dass sämtliche Verwaltungsräte hinsichtlich des laufenden Strafverfahrens einem Interessenkonflikt unterliegen würden und infolgedessen die unabhängige Interessenwahrung im laufenden Strafverfahren verunmöglicht werde.<sup>8</sup>

## 3. Einsetzung eines Sachwalters

Der Sachwalter Dr. F. wurde von der Vorinstanz zwecks Wahrung der gesellschaftlichen Interessen im Strafverfahren gegen Dr. C. eingesetzt. Die vorinstanzliche Mandatsumschreibung lautete wie folgt:

*1.1. In Gutheissung der Rechtsbegehren Ziff. 1 und 3 der Gesuchstellerin wird Rechtsanwalt Dr. F. \_\_\_\_\_ bis zum rechtskräftigen Abschluss des Strafverfahrens B-3/2014/121105884 gegen Dr. C. \_\_\_\_\_ als Sachwalter der Gesuchsgegnerin eingesetzt.*

*1.2. Der Sachwalter ist im Strafverfahren B-3/2014/121105884 gegen Dr. C. \_\_\_\_\_ ausschliesslich den Gesellschaftsinteressen der Gesuchsgegnerin verpflichtet.*

<sup>1</sup> BGer 4A\_717/2014 vom 29. Juni 2015, E. 2.2.

<sup>2</sup> BGer 4A\_717/2014 vom 29. Juni 2015, E. 2.3.

<sup>3</sup> BGer 4A\_717/2014 vom 29. Juni 2015, E. 2.5.2.

<sup>4</sup> BGer 4A\_717/2014 vom 29. Juni 2015, E. 2.5.2.

<sup>5</sup> BGer 4A\_717/2014 vom 29. Juni 2015, E. 2.6.1.

<sup>6</sup> BGer 4A\_717/2014 vom 29. Juni 2015, E. 2.6.2.

<sup>7</sup> BGer 4A\_717/2014 vom 29. Juni 2015, E. 2.5.2.

<sup>8</sup> BGer 4A\_717/2014 vom 29. Juni 2015, E. 2.6.2.

*1.3. Der Sachwalter hat dem Vizepräsidenten des Handelsgerichts per Ende jedes Quartals einen kurzen Bericht zu erstatten, in welchem er Rechenschaft über seine Mandatsführung ablegt und die aufgewendeten Stunden ausweist.*

Das Handelsgericht erklärte diesbezüglich, im Rahmen der Verpflichtung des Sachwalters zur getreuen und sorgfältigen Mandatsführung stehe es in dessen Ermessen, zu entscheiden, welche Massnahmen aufgrund des Gesellschaftsinteresses im laufenden Strafverfahren geboten seien. Entsprechend würden sich auch weitere Handlungsanweisungen an den Sachwalter erübrigen. Insbesondere der Entscheid über die adhäsionsweise Erhebung von Schadenersatzansprüchen müsse im Ermessen des Sachwalters stehen.

Zum Eventualbegehren der Beschwerdeführerin, wonach die Kompetenzen des eingesetzten Sachwalters genauer zu umschreiben seien und diesem zu untersagen sei, im laufenden Strafverfahren Schadenersatzansprüche geltend zu machen, erklärt das Bundesgericht, Art. 731b Abs. 1 OR gewähre dem Richter einen Ermessensspielraum, um unter Beachtung des Verhältnismässigkeitsgrundsatzes eine mit Blick auf die konkreten Umstände des Einzelfalls angemessene Massnahme treffen zu können.<sup>9</sup> Werde ein Sachwalter ernannt, sei das Gericht verpflichtet, im Urteil die Dauer des Mandats zu bestimmen und die Kompetenzen des Sachwalters zu umschreiben. Bei der konkreten Instruktion des Sachwalters verfüge das Gericht wiederum über ein Ermessen, welches im Einzelfall pflichtgemäss auszuüben sei.<sup>10</sup> Nach Ansicht des Bundesgerichts hat die Vorinstanz ihr Ermessen entgegen den Behauptungen der Beschwerdeführerin im vorliegenden Fall nicht missbraucht. Die Vorinstanz habe die Kompetenzen hinreichend klar umschrieben, indem sie den Sachwalter zur Wahrnehmung der Gesellschaftsinteressen im Rahmen eines klar bestimmten Strafverfahrens verpflichtet habe. Überdies handle es sich beim eingesetzten Sachwalter um einen Rechtsanwalt, der über ausgewiesene Kenntnisse und Erfahrungen in den einschlägigen Rechtsgebieten verfüge. Entsprechend sei sichergestellt, dass die Interessen der Hotel A AG im Strafverfahren situationsadäquat gewahrt würden.

Nach Ansicht des Bundesgerichts ist es nicht Aufgabe des Richters, sämtliche möglichen Vorkehren im Strafverfahren im Einzelnen zu konkretisieren und etwa die adhäsionsweise Geltendmachung von Schadenersatzansprüchen im Vorherein zu untersagen. Letzteres sei schon deshalb nicht möglich, weil die Geltendmachung von Schadenersatzansprüchen durchaus im Interesse der Beschwerdeführerin liegen könnte. Weitergehende konkrete Handlungsanweisungen seien zum damaligen Verfahrenszeitpunkt aufgrund des bestehenden Wissensstands gar nicht möglich gewesen. Aus diesem Grund habe die Vorinstanz den Sachwalter denn auch zu Recht dazu verpflichtet, gegenüber dem Gericht regelmässig Bericht zu erstatten und Rechenschaft über seine Mandatsführung abzulegen. Damit habe sich die Vorinstanz vorbehalten, das Sachwaltermandat allenfalls in einem späteren Zeitpunkt anzupassen, zu konkretisieren oder bei Fehlentwicklungen gar aufzulösen.<sup>11</sup>

### III. Bemerkungen

#### 1. Interessenkonflikt

##### 1.1 Auswirkungen eines Interessenkonflikts auf den Verwaltungsrat

Ein Interessenkonflikt liegt vor, wenn jemand die Wahrung fremder Interessen übernommen hat und dabei Entscheidungen treffen muss, mit denen er sich potenziell in Konflikt zu eigenen oder anderen ihm zur Wahrung übertragenen Interessen begibt.<sup>12</sup> Nach Art. 717 Abs. 1 OR ist der Verwaltungsrat verpflichtet, die Interessen der Gesellschaft in guten Treuen zu wahren. Verfügt ein Verwaltungsrat in einer die Gesellschaftsinteressen tangierenden Angelegenheit über ein Eigeninteresse, unterliegt er nach der obigen Begriffsumschreibung einem Interessenkonflikt.<sup>13</sup>

Als oberstes Geschäftsführungsorgan der Gesellschaft kommt dem Verwaltungsrat im Rahmen seiner Tätigkeit ein Geschäftsermessen zu. Bei der Ausübung dieses Ermessensspielraums ist der Verwaltungsrat insbesondere an die Sorgfalts- und Interessenwah-

<sup>9</sup> BGer 4A\_717/2014 vom 29. Juni 2015, E. 3.1 unter Hinweis auf BGE 138 III 407, E. 2.4.

<sup>10</sup> BGer 4A\_717/2014 vom 29. Juni 2015, E. 3.2.

<sup>11</sup> BGer 4A\_717/2014 vom 29. Juni 2015, E. 3.5.

<sup>12</sup> Eingehend dazu Hans Caspar von der Crone, Interessenkonflikte im Aktienrecht, SZW 66 (1994), 1 ff.

<sup>13</sup> Von der Crone (Fn. 12), 3.

rungspflicht i.S.v. Art. 717 OR gebunden.<sup>14</sup> Sorgfältig und interessengerecht handeln die Mitglieder des Verwaltungsrats, wenn sie ihren Geschäftsentscheid aufgrund einer eingehenden Analyse und Evaluation aller sich bietenden Optionen fällen. Ist ein Entscheid infolge eines korrekt und sorgfältig durchgeführten Beschlussvorgangs zustande gekommen, wird nach allgemeiner Ansicht die Richtigkeit und die Interessengerechtigkeit des Entscheids vermutet.<sup>15</sup> Dieses Vertrauen in das interessengerechte und unabhängige Handeln des Verwaltungsrats findet seinen Ausdruck in der bundesgerichtlichen Rechtsprechung zum Schutz des verwaltungsrechtlichen Geschäftsermessens. Danach haben sich Gerichte bei der nachträglichen Beurteilung von Geschäftsentscheiden Zurückhaltung aufzuerlegen, soweit der massgebliche Beschluss in einem einwandfreien, auf einer angemessenen Informationsbasis beruhenden und von Interessenkonflikten freien Entscheidprozess zustande gekommen ist.<sup>16</sup>

Unterliegen die Mitglieder des Verwaltungsrats hinsichtlich einer bestimmten Angelegenheit jedoch einem Interessenkonflikt, entfällt die Vermutung, dass der Verwaltungsrat unabhängig und im Interesse der Gesellschaft gehandelt hat.<sup>17</sup> Besteht nämlich die Gefahr, dass ein Verwaltungsrat in einer Angelegenheit Eigeninteressen verfolgt, kann nicht mehr darauf vertraut werden, dass er in der betreffenden Sache die Interessen der Gesellschaft in guten Treuen und unabhängig wahrnimmt. Entsprechend rechtfertigt sich auch keine richterliche Zurückhaltung bei der nachträglichen Überprüfung des Entscheids. Besteht die Gefahr eines Interessenkonflikts, ist der betroffene Verwaltungsrat daher nach der bundesgerichtlichen Rechtsprechung verpflichtet, mittels geeigneter Massnahmen sicherzustellen, dass die Interessen der

Gesellschaft in der jeweiligen Angelegenheit genügend berücksichtigt werden.<sup>18</sup> Durch Ergreifung interessensichernder Massnahmen wird ausgeschlossen, dass sich der Interessenkonflikt im Rahmen der verwaltungsrechtlichen Entscheidfindung zulasten der Gesellschaft auswirkt. Der Verwaltungsrat kann dadurch das Vertrauen in die Interessengerechtigkeit seines Handelns wiederherstellen.<sup>19</sup> Als mögliche Massnahme kommt die externe Abstützung des Entscheids durch Abstellen auf Marktpreise, durch Einholung einer *fairness opinion* oder durch Genehmigung des Verwaltungsratsbeschlusses von einem über- oder nebengeordneten Organ infrage.<sup>20</sup> Die angemessene Berücksichtigung der Gesellschaftsinteressen kann im Einzelfall auch dadurch sichergestellt werden, dass die vom Interessenkonflikt betroffenen Verwaltungsratsmitglieder bei der Beschlussfassung in der jeweiligen Angelegenheit in den Ausstand treten.<sup>21</sup>

Dem Gesagten zufolge führt das Vorliegen eines Interessenkonflikts zu einer Beeinträchtigung des Vertrauens in die Richtigkeit und Interessengerechtigkeit eines verwaltungsrechtlichen Geschäftsentscheids. Folge davon ist die Verpflichtung des Verwaltungsrats zur Ergreifung geeigneter Massnahmen zur Sicherstellung, dass der Interessenkonflikt sich nicht zulasten der Gesellschaft auswirkt.

## 1.2 Interessenkonflikt und Interessenberührung

Nicht jede noch so geringe Interessenberührung des Verwaltungsrats beeinträchtigt dessen Fähigkeit, die Interessen der Gesellschaft unabhängig wahrzunehmen. Im Falle einer bloss untergeordneten Interessenberührung kann weiterhin darauf vertraut werden, dass der Verwaltungsrat in der Lage ist, die Interessen der Gesellschaft zu wahren.<sup>22</sup> Bei einer Interessenbe-

<sup>14</sup> Rolf Watter/Katja Roth Pellanda, in: Heinrich Honsell/Nedim Peter Vogt/Rolf Watter (Hrsg.), Basler Kommentar zum Obligationenrecht II, Art. 530–964 OR, Art. 1–6 SchlT AG, Art. 1–11 ÜBest GmbH, 4. Aufl., Basel 2012, N 3 ff. zu Art. 717.

<sup>15</sup> Hans Caspar von der Crone, Aktienrecht, Bern 2014, § 4 N 263 ff.; in einem Verantwortlichkeitsprozess ist es folglich die Aufgabe des Klägers, eine allfällige Sorgfaltswidrigkeit des Verwaltungsrats darzulegen.

<sup>16</sup> BGE 139 III 24, E. 3.2; BGE 4A\_74/2012 vom 18. Juni 2012, E. 5.1; von der Crone (Fn. 15), § 4 N 263 ff.

<sup>17</sup> Von der Crone (Fn. 15), § 4 N 271 ff.; der Beweis des korrekten Umgangs mit dem Interessenkonflikt obliegt infolgedessen dem Verwaltungsrat.

<sup>18</sup> Art. 717 OR; dazu BGE 130 III 213, E. 2.2.2.

<sup>19</sup> Von der Crone (Fn. 15), § 4 N 271 ff.

<sup>20</sup> Vgl. zu den einzelnen Massnahmen Michael Lazopoulos, Massnahmen zur Bewältigung von Interessenkonflikten im Verwaltungsrat, AJP 2/2006, 139 ff., 140 ff.; von der Crone (Fn. 15), § 4 N 272 ff.

<sup>21</sup> Peter Böckli, Schweizer Aktienrecht, 4. Aufl., Zürich/Basel/Genf 2009, § 13 N 643; Peter Forstmoser/Arthur Meier-Hayoz/Peter Nobel, Schweizerisches Aktienrecht, Bern 1996, § 28 N 32 ff.; Lazopoulos (Fn. 20), 144 ff.

<sup>22</sup> Siehe dazu vorne III.1.1.



rührung in finanziell wesentlichen Angelegenheiten ist der betroffene Verwaltungsrat verpflichtet, diese Interessenberührung offenzulegen.<sup>23</sup> Die Verpflichtung zur Ergreifung interessensichernder Massnahmen entfällt hingegen.<sup>24</sup> Aufgrund der unterschiedlichen Rechtsfolgen im Falle einer Interessenberührung bzw. eines Interessenkonflikts, bedarf es im Einzelfall stets einer genauen Analyse der konkreten Interessenlage.

a) Von einem Interessenkonflikt ist klarerweise auszugehen, wenn die Interessen der Gesellschaft und jene des Verwaltungsrats diametral auseinanderfallen, sodass die Verfolgung eigener Interessen durch den Verwaltungsrat reziprok die Interessen der Gesellschaft beeinträchtigt.<sup>25</sup> Tritt ein Verwaltungsratsmitglied bei einem Rechtsgeschäft als Gegenpartei der Gesellschaft auf, liegt der Interessenkonflikt auf der Hand. Beim Verkauf eines der Gesellschaft gehörenden Grundstücks an ein Verwaltungsratsmitglied sollte das betreffende Verwaltungsratsmitglied verkäuferseitig im Interesse der Gesellschaft einen möglichst hohen Verkaufspreis anstreben, währenddem es käuferseitig an einem möglichst tiefen Kaufpreis interessiert ist.<sup>26</sup> Ein nicht marktkonformer Verkaufspreis zugunsten des Verwaltungsrats führt zu einer reziproken Beeinträchtigung der Gesellschaftsinteressen. Ein Interessenkonflikt liegt demnach immer dann vor, wenn dem potenziellen Vorteil des Verwaltungsrats bei Durchsetzung seiner Eigeninteressen eine Beeinträchtigung der Gesellschaftsinteressen reziprok gegenübersteht (Nullsummenspiel).

b) Kein Interessenkonflikt, sondern nur eine Interessenberührung liegt in jenen Fällen vor, in denen dem potenziellen Vorteil des Verwaltungsrats bei Verfolgung der Eigeninteressen keine unmittelbare Beeinträchtigung der Gesellschaftsinteressen reziprok gegenübersteht. Investiert ein kulturbegeristeter Verwaltungsrat einen Teil des bestehenden Sponsoring-Budgets in eine kulturelle Einrichtung, kommt ihm ein immaterieller Vorteil zu, die Interessen der Gesellschaft sind hingegen nicht beeinträchtigt. Im soeben geschilderten Fall steht dem immateriellen Vorteil des Verwaltungsrats keine reziproke Beeinträchtigung der Gesellschaftsinteressen gegenüber, entspre-

chend ist vorliegend von einer blossen Interessenberührung auszugehen.

c) Der klassische Interessenkonflikt hat – wie soeben umschrieben – den Charakter eines Nullsummenspiels: Der Vorteil des Organs ist der Nachteil der Gesellschaft. Zwischen diesem klaren Fall des Interessenkonflikts auf der einen und der blossen Interessenberührung auf der anderen Seite liegt ein ganzes Spektrum von denkbaren Interessenkonstellationen. In diesen Fällen ist anhand einer Wertung aller Umstände zu ermitteln, ob ein Interessenkonflikt oder eine blosser Interessenberührung vorliegt. Richtschnur muss dabei die finanzielle Sicht gestützt auf die Bestimmungen des Obligationenrechts zur kaufmännischen Buchführung und Rechnungslegung i.S.v. Art. 957 ff. OR sein. Verursacht ein Geschäft, das einer Organperson einen Vorteil bringt, der Gesellschaft bei ordnungsmässiger Buchführung gemäss Art. 957a OR und in «*fair presentation*» nach Art. 962 OR einen Mehraufwand oder Minderertrag, so liegt vermungsweise ein Interessenkonflikt und nicht bloss eine Interessenberührung vor. Selbstverständlich kann den anfallenden Kosten ein Mehrertrag oder ein Minderaufwand oder, allgemeiner gesagt, ein Nutzen der Gesellschaft gegenüberstehen, der das Geschäft zu rechtfertigen vermag. Nur werden die vom Interessenkonflikt betroffenen Organpersonen nicht in der Lage sein, Kosten und Nutzen mit der notwendigen Unabhängigkeit gegeneinander abzuwägen. Dementsprechend sind Massnahmen wie beispielsweise eine *fairness opinion* notwendig, um die Vermutung der sorgfältigen Ausübung des Geschäftsermessens wiederherzustellen. Lässt sich das Verhalten des Verwaltungsrats keiner finanziellen Überprüfung unterziehen, wie es beispielsweise bei der Interessenwahrung innerhalb eines Strafverfahrens der Fall ist, ist anhand einer Einzelfallprüfung zu ermitteln, ob der Verwaltungsrat im Lichte sämtlicher interessenrelevanter Umstände dazu in der Lage ist, die Interessen der Gesellschaft unbeeinflusst von der bestehenden Interessenlage zu verfolgen. Scheint die unabhängige Interessenwahrung durch den Verwaltungsrat zweifelhaft, ist von einem Interessenkonflikt auszugehen.

Diese Unterscheidung ist auch im Lichte von Art. 731b OR massgeblich. Nur ein eigentlicher Interessenkonflikt der Verwaltungsratsmitglieder kann zu einer Funktionsunfähigkeit des Organs und somit zu einem Organisationsmangel führen. Eine blosser Interessenberührung beeinträchtigt die Fähigkeit des Verwaltungsrats nicht, die Interessen der Gesellschaft

<sup>23</sup> Vgl. Forstmoser/Meier-Hayoz/Nobel (Fn 21), § 28 N 32.

<sup>24</sup> Vgl. Bockli (Fn. 21), § 13 N 633 ff.

<sup>25</sup> So auch Bockli (Fn. 21), § 13 N 638.

<sup>26</sup> Von der Crone (Fn. 15), § 4 N 268 ff.

unabhängig wahrzunehmen, und führt demnach auch bei der Betroffenheit des gesamten Organs nicht zu einem Organisationsmangel.<sup>27</sup>

### 1.3 Im konkreten Fall

Lehre und Rechtsprechung haben sich bisher im Zusammenhang mit dem Begriff «Interessenkonflikt» vornehmlich mit der Erörterung von Massnahmen befasst, welche vom Verwaltungsrat bei bestehenden Interessenkonflikten zu ergreifen sind, um eine spätere Schadenersatzpflicht für sorgfaltswidriges Handeln nach Art. 754 OR zu verhindern.<sup>28</sup> Auch die Frage nach der zivilrechtlichen Gültigkeit von Rechtsgeschäften, welche unter Einfluss eines Interessenkonflikts abgeschlossen wurden, war schon Gegenstand bundesgerichtlicher Ausführungen.<sup>29</sup> Der vorliegende Entscheid zeigt nun, dass Interessenkonflikte auch im Zusammenhang mit Art. 731b OR von Relevanz sein können, soweit dadurch die unabhängige Wahrnehmung der Gesellschaftsinteressen verunmöglicht wird.<sup>30</sup>

Hinsichtlich der konkreten Interessenkonstellation kam das Bundesgericht zum Schluss, dass sämtliche Verwaltungsräte der Beschwerdeführerin einem Interessenkonflikt (und nicht bloss einer Interessenberührung) unterliegen würden.<sup>31</sup> Beachtenswert sind dabei insbesondere die Erwägungen zur Interessenlage der Verwaltungsräte, die als Kollektivgesellschaft der E.B. & Co am Mietvertrag mit der Hotel A AG beteiligt waren. Während sich die Vorinstanz noch zur zivilrechtlichen Gültigkeit des Mietvertrags im Falle einer Verurteilung äusserte,<sup>32</sup> bejahte das Bundesgericht unabhängig von allfälligen zivilrechtlichen Folgen einer strafrechtlichen Verurteilung einen Interessenkonflikt. Dieser Ansicht ist zuzustimmen.

Massgeblich für die Annahme eines Interessenkonflikts war nach den bundesgerichtlichen Ausführungen die Beteiligung der beiden Verwaltungsräte am Rechtsgeschäft, mit welchem der Verwaltungsratspräsident eine strafbare Handlung begangenen haben könnte. Unter den gegebenen Umständen schien es dem Bundesgericht zu Recht fraglich, ob die betroffenen Verwaltungsräte in der Lage wären, die Gesellschaftsinteressen im Strafverfahren unabhängig wahrzunehmen.<sup>33</sup> Richtigerweise legt das Bundesgericht seinem Entscheid dabei ein Verständnis des Begriffs des Interessenkonflikts zugrunde, welches nicht einzig auf formale Kriterien abstellt, wie die möglichen zivilrechtlichen Auswirkungen einer Verurteilung auf den Mietvertrag bzw. auf die unmittelbare Beteiligung der betroffenen Verwaltungsräte am laufenden Strafverfahren.

## 2. Organisationsmangel i.S.v. Art. 731b OR bei Interessenkonflikten

### 2.1 Bisherige Rechtsprechung zu Art. 731b OR bei Interessenkonflikten

Das Gesetz bietet in Art. 731b OR eine einheitliche Ordnung für die Behebung und Sanktionierung von Organisationsmängeln innerhalb einer Gesellschaft. Die Bestimmung bezieht sich sowohl auf das Fehlen als auch auf die nicht rechtsgenügende Zusammensetzung vorgeschriebener<sup>34</sup> Gesellschaftsorgane.<sup>35</sup> Eine solche nicht rechtsgenügende Zusammensetzung kann nach bundesgerichtlicher Rechtsprechung insbesondere dann vorliegen, wenn der Verwaltungsrat nicht mehr handlungsfähig ist, beispielsweise wenn aufgrund einer andauernden Pattsituation in-

<sup>27</sup> Vgl. III.2.3.

<sup>28</sup> BGE 130 III 213, E. 2.2.2; *Lazopoulos* (Fn. 20), 140 ff.; *Watter/Roth Pellanda* (Fn. 14), N 15 zu Art. 717; *Benedikt Maurenbrecher/Ansgar Schott*, Private Rechtsgeschäfte von Organpersonen, GesKR 1/2007, 24 ff., 28.

<sup>29</sup> BGE 127 III 332, E. 2; vgl. auch *von der Crone* (Fn. 12), 5 ff.; *Maurenbrecher/Schott* (Fn. 28), 24 f.; *Peter Böckli*, In-sichgeschäfte und Interessenkonflikte im Verwaltungsrat: Heutige Rechtslage und Blick auf den kommenden Art. 717a E-OR, GesKR 3/2012, 354 ff., 355 ff.

<sup>30</sup> Siehe zum Organisationsmangel hinten III.2.3.

<sup>31</sup> Vgl. BGE 4A\_717/2014 vom 29. Juni 2015, E. 2.6.2.

<sup>32</sup> Für die Begründung der Rechtswidrigkeit i.S.v. Art. 20 OR genügt wohl bereits die rechtswidrige Erfüllung des objektiven Tatbestands von Art. 158 StGB.

<sup>33</sup> Siehe zur Einzelfallanalyse der Interessenlage bei Angelegenheiten, die sich keiner finanziellen Überprüfung unterziehen lassen III.1.2 c).

<sup>34</sup> Die Bestimmung ist einzig anwendbar auf gesetzlich vorgeschriebene Organe; siehe dazu Botschaft zur Revision des Obligationenrechts (GmbH-Recht sowie Anpassungen im Aktien-, Genossenschafts-, Handelsregister- und Firmenrecht) vom 19. Dezember 2001, BBl 2002, 3148, 3231.

<sup>35</sup> BGE 138 III 407, E. 2.2; 138 III 294, E. 3.1.2; für die grundsätzliche Anwendbarkeit von Art. 731b OR ist unerheblich, ob das Organ gänzlich fehlt oder rechtungenügend zusammengesetzt ist. Die tatbestandliche Unterscheidung kann aber im Rahmen der gerichtlichen Rechtsfolgebestimmung von Relevanz sein; *Marcel Schönbachler*, Die Organisationsklage nach Art. 731b OR, Diss. Zürich 2013, 63.

nerhalb des Gremiums die Führung der Gesellschaft unmöglich geworden ist.<sup>36</sup>

In einem Entscheid aus dem Jahr 2012<sup>37</sup> hatte das Bundesgericht bereits zu beurteilen, ob ein Interessenkonflikt im Verwaltungsrat zur Funktionsunfähigkeit des Organs und somit zu einem Organisationsmangel i.S.v. Art. 731b OR führen kann. Im erwähnten Entscheid begehrte ein Aktionär einer Konzernmuttergesellschaft die Einsetzung eines Sachwalters zwecks Erhebung von Verantwortlichkeitsansprüchen gegen den Verwaltungsrat einer Konzern-Tochtergesellschaft. Den Organisationsmangel sah der klagende Aktionär darin, dass einzelne Verwaltungsräte der Muttergesellschaft einem Interessenkonflikt unterlagen, da sie zeitgleich dem Verwaltungsrat der Tochtergesellschaft angehörten. Das Bundesgericht verneinte in der umschriebenen Konstellation eine rechtsungenügende Zusammensetzung des Organs. Im Unterschied zum vorliegend besprochenen Entscheid waren dem Gesagten zufolge nur einzelne Verwaltungsräte vom Interessenkonflikt betroffen. Zur bestehenden Interessenlage führte das Bundesgericht aus, der vom Beschwerdeführer vorgebrachte Interessenkonflikt sei Ausfluss des Einsitzes von Organträgern der Konzernmutter im Verwaltungsrat der Konzern-Tochter. Er sei einer Doppelorganschaft im Konzern geradezu inhärent. Zu einer Handlungsunfähigkeit des Verwaltungsrats der Konzernmutter führt ein solcher Interessenkonflikt aber nach Ansicht des Bundesgerichts nicht.<sup>38</sup>

## 2.2 Lehre zu Art. 731b OR bei Interessenkonflikten

In der Lehre ist weitgehend anerkannt, dass die Funktionsunfähigkeit des Verwaltungsrats einen Organi-

sationsmangel i.S.v. Art. 731b OR darstellt.<sup>39</sup> Uneinigkeit besteht jedoch hinsichtlich der Frage, wann eine Funktionsunfähigkeit des Verwaltungsrats vorliegt. Während ein Teil der Lehre das Vorliegen einer andauernden Pattsituation innerhalb des Verwaltungsrats genügen lässt, um die Funktionsunfähigkeit des Organs zu bejahen,<sup>40</sup> sprechen sich andere Autoren für eine restriktive Auslegung des Begriffs der Funktionsunfähigkeit aus, sodass nur in ausserordentlichen Fällen von einer Handlungsunfähigkeit des Organs auszugehen sei.<sup>41</sup> Im Rahmen dieser Auseinandersetzung wird vereinzelt postuliert, ein Interessenkonflikt im Verwaltungsrat könne in aussergewöhnlichen Konstellationen zu einer Funktionsunfähigkeit des Organs und somit zu einem Organisationsmangel i.S.v. Art. 731b OR führen.<sup>42</sup> Von einem solchen Sonderfall sei beispielsweise auszugehen, wenn der einzige Verwaltungsrat bzw. sämtliche amtierenden Verwaltungsräte im Rahmen eines Gerichtsverfahrens (namentlich Anfechtung eines Generalversammlungsbeschlusses nach Art. 706 OR, Klage auf Erteilung der *Décharge* oder Klage auf Ausrichtung geschuldeter Tantiemen) sowohl auf Kläger- wie auch Beklagtenseite vertreten seien.<sup>43</sup>

<sup>39</sup> Schönbachler (Fn. 35), 98 f.; Rolf Watter/Charlotte Pamer-Wieser, in: Heinrich Honsell/Nedim Peter Vogt/Rolf Watter (Hrsg.), Basler Kommentar zum Obligationenrecht II, Art. 530–964 OR, Art. 1–6 SchlT AG, Art. 1–11 ÜBest GmbH, 4. Aufl., Basel 2012, N 6 zu Art. 731b; Roland von Büren/Walter Stoffel/Rolf H. Weber, Grundriss des Aktienrechts, 3. Aufl., Zürich/Basel/Genf 2011, N 617; Adrian Plüss, Können Richter Verwaltungsräte absetzen?, AJP 2/2014, 211 ff., 214 f.; Stefan Bürge/Nicolas Gut, Richterliche Behebung von Organisationsmängeln der AG und der GmbH, Normgehalt und verfahrensrechtliche Aspekte von Art. 731b OR, SJZ 105 (2009), 157 ff., 159.

<sup>40</sup> Watter/Pamer-Wieser (Fn. 39), N 6 zu Art. 731b; von Büren/Stoffel/Weber (Fn. 39), N 617; Böckli (Fn. 21), § 13 N 491.

<sup>41</sup> Plüss (Fn. 39), 214 f.; differenziert Schönbachler (Fn. 35), 98 ff.; von der Crone (Fn. 15), § 14 N 27.

<sup>42</sup> Schönbachler (Fn. 35), 102; vgl. auch Botschaft (Fn. 34), 3231, wonach der Gesetzgeber mit Art. 731b OR die alten vormundschaftsrechtlichen Normen von aArt. 392 Ziff. 2 ZGB und aArt. 393 Ziff. 4 ZGB abgelöst hat, gemäss denen die Vormundschaftsbehörde für eine Gesellschaft unter bestimmten Umständen eine Beistandschaft errichten konnte, namentlich im Falle von Interessenkollisionen zwischen einer Gesellschaft und ihren Organen; vgl. BGER 4A\_717/2015 vom 29. Juni 2015, E. 2.3.

<sup>43</sup> Schönbachler (Fn. 35), 105 ff.

<sup>36</sup> Siehe für eine Darstellung möglicher organisatorischer Mängel im Verwaltungsrat Matthias Trautmann/Hans Caspar von der Crone, Organisationsmängel und Pattsituationen in der Aktiengesellschaft, SZW 84 (2012), 461 ff., 464 ff.

<sup>37</sup> BGER 4A\_522/2011 vom 13. Januar 2012.

<sup>38</sup> BGER 4A\_522/2011 vom 13. Januar 2012, E. 2.2 und 2.3.



Das Bundesgericht hat sich nun der letztgenannten Lehrmeinung angeschlossen, wonach Interessenkonflikte in Ausnahmefälle zu einem Organisationsmangel führen können, und hat damit zumindest hinsichtlich der Beurteilung von Interessenkonflikten unter dem Gesichtspunkt der Organisationsmängel Klarheit geschaffen.

## 2.3 Vorliegen eines Organisationsmangels

### 2.3.1 Kriterium der unabhängigen Interessenwahrung

Soweit ersichtlich hat das Bundesgericht im vorliegenden Entscheid zum ersten Mal einen Organisationsmangel i.S. des Art. 731b OR zufolge eines Interessenkonflikts im Verwaltungsrat bejaht. Dem Entscheid ist grundsätzlich zuzustimmen. Massgeblich für die Bejahung des Organisationsmangels war vorliegend der Umstand, dass die Gesellschaftsinteressen vom Verwaltungsrat nicht mehr unabhängig wahrgenommen werden konnten, weil sämtliche Verwaltungsratsmitglieder einem Interessenkonflikt unterlagen.<sup>44</sup> Um eine vom Gesetzgeber wohl nicht gewollte, zu weit gehende Anwendung von Art. 731b OR zu verhindern, ist nur in jenen Fällen von einem Organisationsmangel auszugehen, in denen die Gesellschaftsinteressen einzig mittels richterlich angeordneter Massnahmen sichergestellt werden können, weil die bestehende Interessenlage ein interessengerechtes Handeln des Verwaltungsrats ausschliesst.<sup>45</sup> Kann der vom Interessenkonflikt betroffene Verwaltungsrat jedoch durch Ergreifung geeigneter Massnahmen sicherstellen, dass die Gesellschaftsinteressen genügend Berücksichtigung finden, bleibt die sachgerechte Wahrnehmung der Gesellschaftsinteressen möglich, und es liegt kein Organisationsmangel vor.<sup>46</sup>

### 2.3.2 Unabhängige Interessenwahrung trotz Interessenkonflikt

Unterliegen einzelne Verwaltungsräte einem Interessenkonflikt, kann dem Gesagten zufolge nicht darauf vertraut werden, dass jene Verwaltungsräte in der betreffenden Angelegenheit die Interessen der Gesellschaft unabhängig und in guten Treuen wahrnehmen. Die betroffenen Verwaltungsräte sind infolgedessen verpflichtet, mittels geeigneter Massnahmen

sicherzustellen, dass sich der Interessenkonflikt nicht zulasten der Gesellschaft auswirkt.<sup>47</sup> Treten einzelne Verwaltungsräte aufgrund eines bestehenden Interessenkonflikts in den Ausstand, obliegt die Wahrnehmung der Gesellschaftsinteressen in der Folge den nicht vom Interessenkonflikt betroffenen Verwaltungsratsmitgliedern. Sind nur einzelne Verwaltungsräte vom Interessenkonflikt betroffen, liegt kein Organisationsmangel i.S.v. Art. 731b OR vor. Die unabhängige und sachgerechte Wahrnehmung der Gesellschaftsinteressen bleibt möglich, indem die betroffenen Verwaltungsräte mittels geeigneter Massnahmen sicherstellen, dass die Interessen der Gesellschaft berücksichtigt werden. Anzumerken bleibt, dass grundsätzlich auch dann kein Organisationsmangel vorliegt, wenn die interessen gebundenen Verwaltungsräte es pflichtwidrig unterlassen, entsprechende Massnahmen zu ergreifen.<sup>48</sup> Ein interessenwidriges Handeln einzelner, einem Interessenkonflikt unterliegender Verwaltungsräte kann jedoch *ex post* Gegenstand eines Verantwortlichkeitsprozesses nach Art. 754 OR werden.<sup>49</sup> Überdies besteht für das Aktionariat die Möglichkeit, die interessen gebundenen Verwaltungsräte anlässlich jeder Generalversammlung abzuwählen.

Selbst wenn sämtliche Verwaltungsratsmitglieder einem Interessenkonflikt unterliegen, ist die unabhängige Wahrung der Gesellschaftsinteressen nicht *a priori* ausgeschlossen. Kann der Verwaltungsrat beispielsweise durch Einholung einer *fairness opinion*<sup>50</sup> sicherstellen, dass der bestehende Interessenkonflikt sich nicht zulasten der Gesellschaft auswirkt, bleibt die unabhängige Interessenwahrung möglich, und es liegt trotz der Interessenbindung des Gesamtverwaltungsrats kein Organisationsmangel vor. Genügt ein solches Gutachten im Einzelfall nicht, um die Wahrung der Gesellschaftsinteressen sicherzustellen, kann der vom Interessenkonflikt betroffene Verwaltungsratsbeschluss unter Offenlegung des Interessenkonflikts der Generalversammlung zur Genehmigung vorgelegt werden.<sup>51</sup> Sind interessensichernde Massnahmen zielführend, bleibt eine unabhängige Vertretung der Gesellschaftsinteressen demnach möglich. Der Verwaltungsrat ist weiterhin funktionsfähig,

<sup>44</sup> BGer 4A\_717/2014 vom 29. Juni 2015, E. 2.5.2.

<sup>45</sup> Siehe dazu III.2.3.3.

<sup>46</sup> Siehe dazu III.2.3.2.

<sup>47</sup> BGE 130 III 213, E. 2.2.2; siehe dazu vorne III.1.1.

<sup>48</sup> Siehe für mögliche Ausnahmefälle III.2.3.

<sup>49</sup> BGer 4A\_522/2011 vom 13. Januar 2012, E. 2.2.

<sup>50</sup> Vgl. Lazopoulos (Fn. 20), 141.

<sup>51</sup> Siehe von der Crone (Fn. 15), § 4 N 274; Watter/Roth Pellanda (Fn. 14), N 15 zu Art. 717; Lazopoulos (Fn. 20), 141 f.

und es liegt kein organisatorischer Mangel i.S.v. Art. 731b OR vor.

Weigert sich der Verwaltungsrat trotz Möglichkeit interessenwahrender Massnahmen, diese zu ergreifen, ist auch bei einem Interessenkonflikt des Gesamtverwaltungsrats grundsätzlich kein Organisationsmangel gegeben. Das pflichtwidrige Verhalten des Organs kann jedoch zu einer Schadenersatzpflicht des fehlbaren Verwaltungsrats i.S.v. Art. 754 OR oder einer Abwahl führen.<sup>52</sup>

### 2.3.3 Unmöglichkeit der unabhängigen Interessenwahrung

Sind sämtliche Verwaltungsräte in einer Angelegenheit von einem Interessenkonflikt betroffen und ist die Ergreifung interessensichernder Massnahmen aus rechtlichen oder praktischen Gründen ausgeschlossen, können die Gesellschaftsinteressen durch den Verwaltungsrat nicht mehr unabhängig wahrgenommen werden. Es liegt infolgedessen ein Organisationsmangel vor, und die unabhängige Wahrung der Gesellschaftsinteressen lässt sich nur noch mittels richterlicher Massnahmen nach Art. 731b OR sicherstellen. Von einer Unmöglichkeit der Sicherstellung der Gesellschaftsinteressen ist insbesondere dann zu sprechen, wenn die Ergreifung der entsprechenden Massnahmen beispielsweise aufgrund einer zeitlichen Dringlichkeit nicht zielführend ist. Bedarf es in einer Angelegenheit eines raschen Handelns, scheidet namentlich die Einberufung einer Generalversammlung zwecks Einholung eines Genehmigungsbeschlusses aus.

Unterliegt die Mehrheit des Verwaltungsrats bzw. der Gesamtverwaltungsrat dauernd einem Interessenkonflikt und unterlassen es die betroffenen Verwaltungsräte pflichtwidrig, adäquat mit der Interessenlage umzugehen, obwohl durch Ergreifung entsprechender Massnahmen eine unabhängige Wahrung der Gesellschaftsinteressen sichergestellt werden könnte, entsteht eine dauerhafte Gefährdung der Gesellschaftsinteressen. Lässt die Struktur des Aktionariats eine Abwahl der fehlbaren Verwaltungsräte aufgrund der bestehenden Mehrheitsverhältnisse nicht zu, kann ausnahmsweise ein Organisationsmangel vorliegen, welcher ein richterliches Eingreifen i.S.v.

Art. 731b OR rechtfertigt.<sup>53</sup> Die Einsetzung eines Sachwalters kann in solchen Konstellationen häufig eine geeignete Massnahme zur Sicherstellung der Gesellschaftsinteressen und zur Behebung der Missstände in der Gesellschaft darstellen. Eine Auflösung der Gesellschaft gemäss Art. 731b Abs. 1 Ziff. 3 OR oder aus wichtigen Gründen nach Art. 736 Ziff. 4 OR wird daher in der umschriebenen Konstellation einzig als *ultima ratio* in aussergewöhnlichen Fällen in Frage kommen.<sup>54</sup>

### 2.3.4 Im konkreten Fall

Das Bundesgericht ist im vorliegenden Entscheid zu Recht von einem Organisationsmangel ausgegangen. Hinsichtlich der Wahrnehmung der Gesellschaftsinteressen im Strafverfahren unterlagen sämtliche Verwaltungsräte einem Interessenkonflikt. Überdies sind keine geeigneten Massnahmen ersichtlich, mit denen die betroffenen Verwaltungsräte im vorliegenden Kontext die Interessenwahrung im Strafverfahren hätten sicherstellen können. Insbesondere kann die Interessenwahrung in einem Strafverfahren aus rein praktischen Gründen weder durch eine *fairness opinion* noch durch einen Genehmigungsbeschluss der Generalversammlung sichergestellt werden. Auch weitere Vorkehren, welche die unabhängige Wahrnehmung der Gesellschaftsinteressen im Strafverfahren sicherstellen würden, sind vorliegend nicht ersichtlich.

## 3. Kompetenzen des Sachwalters

### 3.1 Kompetenzumschreibung durch das Gericht

Liegt ein Organisationsmangel i.S.v. Art. 731b OR vor, kann der Richter der Gesellschaft unter Androhung ihrer Auflösung eine Frist ansetzen, binnen derer der rechtmässige Zustand wiederherzustellen ist, das fehlende Organ oder einen Sachwalter ernennen oder die Gesellschaft auflösen und ihre Liquidation nach den Vorschriften über den Konkurs anordnen.<sup>55</sup> Die gesetzliche Aufzählung möglicher Massnahmen

<sup>52</sup> Siehe für mögliche Ausnahmefälle III.2.3.3.

<sup>53</sup> Kein Organisationsmangel liegt in der Regel bei Konzernverhältnissen vor, da die damit zusammenhängenden Interessenkonflikte der Konzernstruktur inhärent sind; BGER 4A\_522/2011 vom 13. Januar 2012, E. 2.2 und 2.3.

<sup>54</sup> Zur Auflösung der Gesellschaft nach Art. 736 Ziff. 4 und 731b OR; von der Crone (Fn. 15), § 8 N 256 ff. und § 14 N 42 ff.

<sup>55</sup> Art. 731b Abs. 1 Ziff. 1–3.

ist nicht abschliessend. Dem Richter steht es dementsprechend im konkreten Fall offen, eine andere Massnahme anzuordnen, die zur Beseitigung des Organisationsmangels geeignet ist.<sup>56</sup> Bei der Wahl der erforderlichen Massnahme kommt dem Richter ein Ermessensspielraum zu. Im Rahmen seiner Ermessensausübung ist er jedoch an den Grundsatz der Verhältnismässigkeit gebunden.<sup>57</sup>

Wird ein Sachwalter vom Gericht bestellt, sind die Dauer des Mandats<sup>58</sup> und die Kompetenzen des Sachwalters im Urteil zu umschreiben.<sup>59</sup> Dem Gesetz lässt sich keine nähere Konkretisierung der Kompetenzen des Sachwalters entnehmen.<sup>60</sup> Wie aufgezeigt, kommt dem Gericht bei der Mandatsumschreibung und der konkreten Instruktion des Sachwalters ein Ermessensspielraum zu, um eine den tatsächlichen Umständen entsprechende Massnahme anzuordnen.<sup>61</sup> Da die Einsetzung eines Sachwalters die unmittelbare Folge eines organisatorischen Mangels innerhalb der Gesellschaft ist, muss die gerichtliche Umschreibung des Kompetenzbereichs im Einzelfall auf die Behebung des konkreten Organisationsmangels gerichtet sein.<sup>62</sup> Hinsichtlich der Rüge der Beschwerdeführerin, die Kompetenzen des Sachwalters seien vom Bundesgericht ausdrücklich festzusetzen, gilt es anzumerken, dass eine zu weite Umschreibung des Sachwaltermandats allenfalls zu einer Einschränkung des Auftrags durch die befassende Rechtsmittelinstanz, nicht aber zur Ungültigkeit der Einsetzung führen kann.

Im vorliegenden Fall bestand der organisatorische Mangel darin, dass im laufenden Strafverfahren gegen den Verwaltungsratspräsidenten keine Verwaltungsräte der Beschwerdeführerin in der Lage waren,

die Gesellschaftsinteressen unabhängig zu wahren.<sup>63</sup> In der geschilderten Konstellation bietet sich die Einsetzung eines Sachwalters als geeignete und sachdienliche Massnahme zur Behebung des bestehenden Organisationsmangels an. Bezüglich der Umschreibung der Sachwalterkompetenzen ist dem Bundesgericht im Grundsatz beizupflichten. Mit der Verpflichtung des Sachwalters, sein Handeln im Rahmen des Strafverfahrens einzig nach den Gesellschaftsinteressen zu richten, wird sichergestellt, dass diese im laufenden Strafverfahren situationsadäquat gewahrt werden. Aufgrund der Unvorhersehbarkeit über den Verlauf eines Strafverfahrens scheinen konkretere Handlungsanweisungen weitgehend ausgeschlossen.<sup>64</sup> Die Wahl der in der konkreten Situation erforderlichen Handlungsweise liegt infolgedessen richtigerweise im Ermessen des Sachwalters.<sup>65</sup>

### 3.2 Klageberechtigung des Sachwalters

Der vorinstanzlichen Kompetenzumschreibung zufolge beschränkt sich der Auftrag des eingesetzten Sachwalters auf die Interessenwahrung innerhalb des laufenden Strafverfahrens.<sup>66</sup> Nach Ansicht des Bundesgerichts umfasst dieses Mandat auch die adhäsionsweise Geltendmachung von zivilrechtlichen Ansprüchen.<sup>67</sup> Unklar bleibt, ob die Klageberechtigung des Sachwalters auf die adhäsionsweise Geltendmachung von Schadenersatzansprüchen im Strafverfahren nach Art. 122 ff. StPO beschränkt ist oder ob ihm auch die Befugnis zukommt, diese vor Zivilgericht einzuklagen, sollte seine Zivilklage von den Strafverfolgungsbehörden auf den Zivilweg verwiesen werden.<sup>68</sup> Eine Beschränkung der Klagebefugnis des Sachwalters auf das Strafverfahren könnte in der vorliegenden Konstellation dazu führen, dass der Sachwalter im Falle einer Verweisung auf den Zivil-

<sup>56</sup> Watter/Pamer-Wieser (Fn. 39), N 16 zu Art. 731b.

<sup>57</sup> BGE 138 III 407, E. 2.4; aus dem Verhältnismässigkeitsgrundsatz ergibt sich ein Stufenverhältnis zwischen den einzelnen Massnahmen. Entsprechend darf die Auflösung der Gesellschaft nur als *ultima ratio* verfügt werden, wenn keine andere Massnahme geeignet ist, den Organisationsmangel zu beseitigen.

<sup>58</sup> Siehe Art. 731b Abs. 2 OR.

<sup>59</sup> Botschaft (Fn. 34), 3232.

<sup>60</sup> In der Botschaft werden als mögliche Kompetenzen des Sachwalters beispielhaft die Führung der Geschäfte und generell die Behebung des Mangels genannt; siehe Botschaft (Fn. 34), 3232; ausführlich zur Stellung des Sachwalters Schönbächler (Fn. 35), 219 ff.

<sup>61</sup> BGer 4A\_717/2014 vom 29. Juni 2015, E. 3.2.

<sup>62</sup> M.w.H. Schönbächler (Fn. 35), 222.

<sup>63</sup> Siehe dazu vorne III.2.3.4.

<sup>64</sup> Dazu ausführlich III.3.2.

<sup>65</sup> Siehe zur Verantwortlichkeit des Sachwalters Schönbächler (Fn. 35), 225 ff.

<sup>66</sup> Dazu vorne II.3.

<sup>67</sup> BGer 4A\_717/2014 vom 29. Juni 2015, E. 3.5.

<sup>68</sup> Ein Verweis auf den Zivilweg erfolgt insbesondere, wenn das Strafverfahren mit einem Strafbefehl erledigt wird; dazu Art. 126 Abs. 2 lit. a StPO. Das befassende Strafgericht kann überdies die Zivilklage nur im Grundsatz beurteilen und im Übrigen auf den Zivilweg verweisen, wenn die vollständige Beurteilung des Zivilanspruchs unverhältnismässig aufwendig wäre; dazu Art. 126 Abs. 3 StPO.

weg von der Anspruchsdurchsetzung ausgeschlossen wäre. Im Lichte der geschilderten Ausgangslage scheint es zweifelhaft, ob die Vorinstanz und in der Folge das Bundesgericht die Klagebefugnis tatsächlich auf das Strafverfahren beschränken wollten. Anzumerken bleibt hingegen, dass die selbständige Geltendmachung der zivilrechtlichen Ansprüche vor dem Zivilgericht aufgrund der klaren Bezugnahme auf das laufende Strafverfahren zumindest vom Wortlaut der Mandatumschreibung nicht erfasst ist.<sup>69</sup>

Zu fordern ist deshalb, dass die Kompetenzzuschreibung so präzise gefasst ist, dass der Sachwalter genau beurteilen kann, welche Handlungen er im Einzelfall vornehmen darf und welche nicht.<sup>70</sup> Diesem Erfordernis ist vorliegend zumindest hinsichtlich des Umfangs der Klagebefugnis des Sachwalters nicht Genüge getan.

Auch der Umstand, dass sich die Vorinstanz nach Ansicht des Bundesgerichts vorbehalten hat, das Sachwaltermandat zu einem späteren Zeitpunkt anzupassen oder zu konkretisieren, vermag die Klärungsbedürftigkeit der zentralen Frage nach dem Umfang der Klagebefugnis nicht auszuräumen. Dem

Grundsatz nach sollte die Beseitigung des Organisationsmangels ohne weiteres gerichtliches Eingreifen gewährleistet werden.<sup>71</sup> Die gerichtliche Anpassung des Sachwaltermandats sollte daher auf Fälle beschränkt werden, in denen nachträglich veränderte und insbesondere unvorhersehbare Umstände eintreten.

#### 4. Schlussbetrachtung

Dem vorliegenden Entscheid ist im Wesentlichen zuzustimmen. Erfreulicherweise hat das Bundesgericht hinsichtlich der Frage nach der Behandlung von Interessenkonflikten im Lichte von Art. 731b OR Klarheit geschaffen. Zu beachten gilt jedoch, dass ein Organisationsmangel infolge eines Interessenkonflikts nur in Ausnahmefällen bejaht werden kann. Nur wenn eine Einzelfallprüfung ergeben hat, dass die Wahrung der Gesellschaftsinteressen hinsichtlich der infrage stehenden Angelegenheit nicht auf andere Weise sichergestellt werden kann, darf ein Organisationsmangel zufolge eines Interessenkonflikts im Verwaltungsrat bejaht werden.

<sup>69</sup> Siehe vorne II.3.

<sup>70</sup> So auch *Schönbächler* (Fn. 35), 222.

<sup>71</sup> *Schönbächler* (Fn. 35), 228.